

JAAN2014/214 Hoger beroep kort geding, (On)geldigheid inschrijving, (Niet-)bes...**Wetsbepaling(en):** Aanbestedingswet 2012 artikel 4.15**Ook gepubliceerd in:** ECLI:NL:GHARL:2014:7724

Aflevering	2014 afl. 8
College	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
Datum	07 oktober 2014
Rolnummer	nr. 200.148.252
Rechter(s)	mr. Van Rossum mr. Wattel mr. Van den Berg
Partijen	De besloten vennootschap appellante te [plaatsnaam], advocaat mr. F.R.H. Kuiper, tegen de publiekrechtelijke rechtspersoon Waterschap Zuiderzeeland te Lelystad. advocaat mr. A.B. Gelderman.
Noot	<i>mr. dr. A.J. van Heeswijck</i>
Trefwoorden	Hoger beroep kort geding, (On)geldigheid inschrijving, (Niet-)besteksconform, Ongewijzigde toepassing geschiktheidseis, Gronden voor ingrijpen in lopende overeenkomst, waaronder schending van een fundamenteel beginsel van het aanbestedingsrecht, Transparantie technische specificaties, Rechtsverwerking, Geen schending transparantiebeginsel, Terechte terzijdestelling van de inschrijving
Regelgeving	Aanbestedingswet 2012 - 4.15 BW - 3:40 Algemene beginselen aanbestedingsrecht

[JAAN 2014/214 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem, 07-10-2014, nr. 200.148.252, ECLI:NL:GHARL:2014:7724](#)**[Hoger beroep kort geding, \(On\)geldigheid inschrijving, \(Niet-\)besteksconform, Ongewijzigde toepassing geschiktheidseis, Gronden voor ingrijpen in lopende overeenkomst, waaronder schending van een fundamenteel beginsel van het aanbestedingsrecht, Transparantie technische specificaties, Rechtsverwerking, Geen schending transparantiebeginsel, Terechte terzijdestelling van de inschrijving](#)****»Samenvatting**

Het waterschap Zuiderzeeland start in oktober 2013 een Europese openbare aanbesteding, waarvan perceel 1 betrekking heeft op het transport van zuiveringsslib vanaf de afvalwaterzuiveringsinstallaties (awzi's) van Almere, Dronten, Lelystad en Tollebeek naar slibeindverwerkingsinstallaties. Het gunningscriterium is EMVI. Naast appellante zijn er nog twee aanbieders, waaronder een vennootschap. In december 2013 bericht het waterschap aan appellante dat de opdracht voorlopig aan haar wordt gegund. Medio december 2013 rijst bij het waterschap twijfel of het materieel van appellante op het moment van inschrijving d.d. 18 november 2013 aan de gestelde eisen voldeed. Appellante bevestigt bij brief van 2 januari 2014 dat zij toen beschikte over de vereiste vrachtauto's en dat haar containers aan de gestelde eisen voldoen. Zij overlegt hierbij een voorlopige opdrachtbevestiging voor een gebruikte bedrijfswagen. In januari 2014 deelt het waterschap aan appellante mee dat uit het overgelegde bewijsmateriaal niet blijkt dat zij op het moment van de inschrijving de beschikking had over het vereiste materiaal en dat zij het gunningsvoornemen intrekt.

Appellante start een kort geding omdat haars inziens de inschrijving ten onrechte terzijde is gelegd. **De**

voorzieningenrechter (Vzr. Rb. Midden-Nederland zp Utrecht, 21 maart 2014, nr. C/16/362066, n.n.g.) oordeelt dat het waterschap op goede gronden de inschrijving van appellante terzijde heeft geschoven, omdat die niet voldeed aan de gestelde minimumeis wat betreft de afmeting van de containers voor de awzi Dronten. De opdracht is in april definitief gegund aan de vennootschap, die inmiddels met de uitvoering is begonnen.

Onder aanvoering van veertien grieven, die het hof gezamenlijk behandelt, stelt appellante spoedappel in. Zij vordert bij wijziging van eis primair dat het waterschap geboden wordt om de uitvoering van de overeenkomst met de vennootschap op zo kort mogelijke termijn stop te zetten en de opdracht alsnog aan haar te gunnen.

Het waterschap voert aan dat ingrijpen in een reeds lopende overeenkomst slechts mogelijk is indien (i) deze overeenkomst naar redelijke verwachting op één van de vernietigingsgronden van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 in een bodemprocedure vernietigd zal worden; (ii) het waterschap misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de overeenkomst te sluiten (hetgeen bijvoorbeeld het geval zal kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst aangaat met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht); of (iii) sprake is van nietigheid op grond van art. 3:40 BW.

Het hof begrijpt dat appellante een beroep doet op grond (ii).

Volgens appellante is in het PvE weliswaar opgenomen dat de containers moeten passen op de sliboverslagplaats, maar wordt hierin geen melding gemaakt van de maten waaraan zou moeten worden voldaan. Een aanbestedende dienst mag geen afwijkingsregels of subcriteria voor de gunning toepassen die zij niet vooraf ter kennis van de inschrijver heeft gebracht. Door nu eisen te stellen aan de afmetingen van de containers wordt in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel gehandeld. Appellante stelt verder dat het waterschap, door het negeren van haar duidelijke mededeling dat zij beschikte over het juiste type vrachtwagens en de juiste containers en door de gunning aan de vennootschap voort te zetten, onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld.

Het hof oordeelt dat van schending van het – in dit verband aan de orde zijnde – transparantiebeginsel, hetgeen een grond zou kunnen zijn om in te grijpen in een reeds lopende overeenkomst wegens schending van een fundamenteel beginsel van aanbestedingsrecht, geen sprake is.

Het gaat hier om de eisen die zijn gesteld aan de azwi in Dronten, waar volgens het PvE het ontwaterde zuiveringsslib moet worden opgeslagen in vier containers, elk met een minimale capaciteit van 30 m³. Weliswaar wordt hiermee niet aangegeven wat de precieze afmetingen van de containers moeten zijn, maar uit het geheel van de eisen die in het PvE zijn opgenomen, volgt dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver zal hebben begrepen dat de te leveren containers in de slibhal van Dronten moeten passen. Indien het appellante niet duidelijk was geweest over welke containers zij moest beschikken, dan had zij zich daarover moeten laten informeren. Uit de Nvl blijkt echter dat zij geen enkele vraag over de containers voor de azwi Dronten heeft gesteld. Evenmin heeft appellante de bezichtigingsbijeenkomst van 23 oktober 2013 bijgewoond. Tenslotte erkent appellante ook zelf dat de containers op de sliboverslagplaats moeten passen. Het hof ziet dan ook geen reden om op die grond in te grijpen in de overeenkomst tussen het waterschap en de vennootschap.

Vervolgens beantwoordt het hof de vraag of het waterschap de inschrijving van appellante terzijde heeft mogen stellen. Nadat in december 2013 bij het waterschap gereede twijfel is ontstaan of appellante op het moment van inschrijving wel aan de gestelde eisen voldeed, was het waterschap bevoegd op grond van de Aanbestedingsleidraad appellante om nadere informatie te vragen.

Naar het oordeel van het hof heeft appellante met de brief van 2 januari 2014 geen afdoende onderbouwing gegeven van haar eerdere verklaring dat zij voldeed aan de geschiktheidseisen, hetgeen wel van haar verwacht mocht worden, gelet op de vraag van het waterschap om schriftelijk aan te tonen of zij op het moment van inschrijving voldeed aan de geschiktheidseisen inzake het materieel en de vereiste afmetingen van de containers.

In plaats van een gedocumenteerde onderbouwing te geven, heeft appellante volstaan met een herhaling van haar verklaring. Ten aanzien van de vrachtauto heeft zij volstaan met overlegging van een ‘voorlopige opdrachtbevestiging’ bij brief van 17 oktober 2013 voor een gebruikte Volvo bedrijfswagen. Hierin is vermeld dat de koop/aannemingsovereenkomst ‘definitief doorgaat’ nadat gunning van de opdracht (het transport van zuiveringsslib, toevoeging hof) aan haar zal hebben plaatsgevonden en dat levering zal plaatsvinden ‘in overleg, maar voor start nieuw project’. Hiermee heeft appellante niet schriftelijk aangetoond dat zij reeds bij inschrijving d.d. 18 november 2013 over het vereiste materieel beschikte. Ten slotte heeft appellante, hoewel dat haar expliciet was gevraagd, evenmin schriftelijk aangetoond dat haar containerauto's de containers van het waterschap (voor de andere azwi's dan Dronten) kunnen laden met een ketting/kabel laadsysteem.

Gelet op het voorgaande kon het waterschap, naar het voorlopig oordeel van het hof, in redelijkheid tot de

conclusie komen dat appellante ten tijde van de inschrijving niet aan de geschiktheidseisen voldeed, zodat zij terecht de inschrijving van appellante alsnog terzijde heeft gesteld.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis van de voorzieningenrechter en honoreert ook de gewijzigde eis van appellante niet.

beslissing/besluit

»Uitspraak

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 21 maart 2014 (zoals hersteld bij vonnis van 4 april 2014) dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland (afdeling civiel recht, handelskamer, locatie Utrecht) tussen [appellante] als eiseres en het Waterschap als gedaagde in kort geding heeft gewezen.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 24 april 2014 met grieven alsmede een vordering in het incident en een wijziging van eis,
- de memorie van antwoord tevens houdende conclusie van antwoord in het incident,
- de pleidooien van 2 september 2014 overeenkomstig de pleitnotities.

2.2 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald.

3 De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.16 van voormeld vonnis van 21 maart 2014. Aan deze feiten kan thans worden toegevoegd dat de opdracht voor het zuiveringsslibtransport op 11 april 2014 definitief is gegund aan [vennootschap] (hierna: [vennootschap]) en dat [vennootschap] inmiddels aan deze opdracht uitvoering geeft.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 Het gaat in deze zaak, kort weergegeven, om het volgende. Het Waterschap heeft op 10 oktober 2013 een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor het transport van zuiveringsslib aangekondigd. De aanbestedingsprocedure is opgedeeld in twee percelen. Het gaat in dit kort geding om perceel 1. Perceel 1 heeft betrekking op het transport van (ontwaterd steekvast) zuiveringsslib vanaf vier afvalwaterzuiveringsinstallaties (hierna: awzi's), namelijk de awzi's van Almere, Dronten, Lelystad en Tollebeek, naar de zogenaamde slibeindverwerkingsinstallaties. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving.

4.2 [appellante] heeft op 18 november 2013 op deze opdracht ingeschreven. Naast [appellante] waren er nog twee aanbieders, van wie [vennootschap] er één was. Bij brief van 3 december 2013 heeft het Waterschap aan [appellante] bericht dat de opdracht voorlopig aan haar wordt gegund en dat wanneer, kort gezegd, niet binnen de termijn van 20 dagen een kort geding door de andere (twee) inschrijvers wordt ingesteld, de opdracht definitief aan haar zal worden gegund. Vervolgens hebben partijen medio december 2013 diverse keren met elkaar gesproken over de uitvoering van de opdracht. Bij brief van 20 december 2013 (productie 6 bij inleidende dagvaarding) heeft het Waterschap (onder meer) aan [appellante] geschreven dat laatstgenoemde aan het Waterschap heeft aangegeven dat haar huidige materieel niet aan de gestelde eisen voldoet en dat zij haar inschrijving op perceel 1 niet langer gestand wil doen. Het Waterschap heeft in deze brief [appellante] verzocht schriftelijk te bevestigen dat zij haar inschrijving niet langer gestand wenst te doen, dan wel, indien zij de inschrijving wel gestand wenst te doen, schriftelijk aan te tonen dat haar onderneming op het moment van inschrijving de beschikking had over materieel dat voldoet aan de in de Aanbestedingsleidraad opgenomen "minimumeisen betreffende de technische en/of beroepsbekwaamheid: materieel". Voor perceel 1 houdt dit in dat de inschrijver moet beschikken over minimaal één trekker, één kiepwagen en drie containerauto's. Het Waterschap heeft daarbij ook gevraagd schriftelijk aan te tonen dat de te plaatsen containers voldoen aan

hetgeen in het bestek vermeld staat.

Bij brief van 2 januari 2014 heeft [appellante] vervolgens aan het Waterschap bericht dat zij haar inschrijving gestand doet en dat zij op het moment van inschrijving beschikte over de vereiste vrachtauto's en dat haar containers ook aan de gestelde eisen voldoen. Zij heeft daarbij een op 17 oktober 2013 gedateerde voorlopige opdrachtbevestiging voor een gebruikte bedrijfswagen gevoegd. Bij brief van 14 januari 2014 heeft het Waterschap [appellante] onder opgave van redenen meegedeeld dat uit het overgelegde bewijsmateriaal niet blijkt dat Jan Bakker op het moment van de inschrijving de beschikking had over materiaal dat voldeed aan de gestelde minimumeis opgenomen in de Aanbestedingsleidraad, dat het de voorlopige gunningsbeslissing intrekt en dat de opdracht voorlopig aan de opvolgend economisch meest voordelige inschrijver zal worden gegund, te weten [vennootschap].

4.3 [appellante] heeft bij de voorzieningenrechter in de rechtbank onder meer gevorderd het Waterschap te gebieden de voorlopige gunningsbeslissing aan [vennootschap] in te trekken en te verbieden de opdracht definitief aan [vennootschap] te gunnen, te verbieden om de opdracht te gunnen aan een ander dan aan [appellante] en te gebieden de opdracht aan haar te gunnen, voor zover het Waterschap nog wenst te gunnen. Volgens [appellante] heeft het Waterschap haar inschrijving ten onrechte terzijde gelegd.

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis van 21 maart 2014, voor zover thans relevant, geoordeeld dat het Waterschap op goede gronden tot de conclusie is gekomen dat de inschrijving van [appellante] niet aan de gestelde minimumeis wat betreft de afmeting van de containers voldeed en dat zij daarom gehouden was de inschrijving van [appellante] (alsnog) terzijde te leggen.

4.4 [appellante] heeft onder aanvoering van veertien grieven, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, (spoed) appel ingesteld. Zij heeft daarbij haar eis gewijzigd; zij vordert thans primair dat het hof het Waterschap gebiedt om de uitvoering van de overeenkomst met [vennootschap] op zo kort mogelijke termijn stop te zetten en gestaakt te houden alsmede gebiedt de opdracht alsnog aan [appellante] te gunnen. Subsidiair vordert [appellante] dat het hof het Waterschap zal gebieden om de uitvoering van de overeenkomst met [vennootschap] op zo kort mogelijke termijn stop te zetten en gestaakt te houden. Meer subsidiair vordert zij dat het hof een in goede justitie te bepalen maatregel treft. Tevens heeft zij het hof verzocht bij wege van incidentele vordering een voorziening ex artikel 353 jo. 223 Rv te treffen inhoudende dat het Waterschap wordt bevolen het sluiten en/of de uitvoering van de overeenkomst met [vennootschap] op te schorten totdat het hof arrest heeft gewezen.

4.5 Het Waterschap heeft als eerste verweer aangevoerd dat ingrijpen in een reeds lopende overeenkomst slechts mogelijk is (i) indien deze overeenkomst naar redelijke verwachting op één van de vernietigingsgronden van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 in een bodemprocedure vernietigd zal worden, dan wel (ii) indien het Waterschap misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de overeenkomst te sluiten (hetgeen bijvoorbeeld het geval zal kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst aangaat met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht) of (iii) indien sprake is van nietigheid op grond van artikel 3:40 BW.

4.6 Het hof begrijpt het betoog van [appellante] aldus dat zij een beroep doet op de in de vorige rechtsoverweging genoemde grond onder (ii). Volgens [appellante] is in het Programma van eisen weliswaar opgenomen dat de containers moeten passen op de sliboverslagplaats, maar hierin wordt geen melding gemaakt van de maten waaraan zou moeten worden voldaan. Een aanbestedende dienst mag geen afwijkingsregels of subcriteria voor de gunning toepassen die zij niet vooraf ter kennis van de inschrijver heeft gebracht. Door nu eisen te stellen aan de afmetingen van de containers wordt in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel gehandeld, aldus [appellante]. Zij stelt verder dat het Waterschap, door haar duidelijke mededeling dat zij beschikte over het juiste type vrachtwagens en de juiste containers te negeren en de gunning voort te zetten, onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld.

4.7 Het hof stelt voorop dat volgens vaste rechtspraak (HvJ 29 april 2004, zaak C-496/99 (Succhi di Frutta) en HR 4 november 2005, NJ 2006, 204) het aanbestedingsrecht twee centrale beginselen kent: het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offerte gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige

wijze, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde wijze kunnen interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Dat brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt, zoals de selectiecriteria.

4.8 Met inachtneming van bovenvermelde uitgangspunten oordeelt het hof in dit kort geding als volgt. Van schending van het - in dit verband aan de orde zijnde - transparantiebeginsel, hetgeen een grond zou kunnen zijn om in te grijpen in een reeds lopende overeenkomst wegens schending van een fundamenteel beginsel van aanbestedingsrecht, is geen sprake. Het gaat hier om de eisen die zijn gesteld ten aanzien van de azwi in Dronten. Voor deze azwi geldt dat inschrijvers zélf containers moeten leveren. Onder het kopje "Slibopslag op azwi" (pagina 13 van het Programma van eisen) staat vermeld:

"Het ontwaterde zuiveringslib moet worden opgeslagen in vier containers, elk container moet een minimale capaciteit van 30 m³ hebben. Boven iedere overheaddeur is een sein geplaatst voorzien van twee armaturen met de kleuren rood en groen. Bij een gevulde container wordt het sein groen ingeschakeld".

Weliswaar wordt hiermee niet aangegeven wat de precieze afmetingen van de containers moeten zijn, maar uit het geheel van de eisen die in het Programma van eisen zijn opgenomen, volgt dat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver zal hebben begrepen dat de te leveren containers in de slibhal van Dronten moeten worden geplaatst. Zo is expliciet vermeld dat dit gebouw twee "overheaddeuren" heeft. Zoals de inschrijvers ook op de bijgevoegde foto's (pagina 21 van het Programma van eisen) konden zien, moeten de deuren tijdens de sliboverslag gesloten zijn om geuremissies te beperken. Dat deze deuren tijdens de sliboverslag in een container dicht moeten zijn, blijkt ook uit de informatie over de lichtseinen boven de overheaddeuren. Met een groen licht boven de overheaddeuren wordt het sein afgegeven dat de containers (die in de slibhal staan) gevuld en klaar voor transport zijn. Een dergelijk lichtsein boven de deuren zou zinloos zijn als de deuren tijdens het overslagproces open staan en men direct zou kunnen zien of de containers gevuld zijn. Indien het [appellante] niet duidelijk was geweest over welke containers zij moest beschikken, dan had zij zich daarover moeten laten informeren. Uit de Nota van Inlichtingen blijkt echter dat [appellante] geen enkele vraag over de containers voor de azwi Dronten heeft gesteld. Evenmin heeft zij de bezichtigingsbijeenkomst, die op 23 oktober 2013 heeft plaatsgevonden en ter gelegenheid waarvan aan alle potentiële inschrijvers de mogelijkheid is geboden om alle azwi's te bezoeken, bijgewoond. Tenslotte erkent [appellante] ook zelf dat de containers op de sliboverslagplaats moeten passen (punt 57 van de memorie van grieven).

Uit het voorgaande volgt dat het Waterschap weliswaar niet expliciet de afmetingen van de te gebruiken containers voor de azwi Dronten in de aanbestedingsstukken heeft opgenomen, maar dat dit in samenhang met de overige eisen niet een zodanige onduidelijkheid voor de inschrijver oplevert dat sprake is van een evidente schending van het transparantiebeginsel. Het hof ziet dan ook geen reden om op die grond in de overeenkomst tussen het Waterschap en [vennootschap] in te grijpen.

4.9 Vervolgens rijst de vraag of het Waterschap de inschrijving van [appellante] terzijde heeft mogen stellen. [appellante] heeft, nadat op 3 december 2013 aan haar de opdracht voorlopig was gegund, op eigen initiatief contact met het Waterschap opgenomen om te overleggen over de uitvoering van de opdracht. Op 16 december 2013 heeft daarom een eerste gesprek plaatsgevonden. Tijdens de daaropvolgende telefoongesprekken (17, 18 en 19 december 2013) is bij het Waterschap twijfel gerezen of [appellante] op het moment van inschrijving wel aan de gestelde eisen voldeed. Naar het oordeel van het hof betrof dit ook een gereede twijfel na de vraag van [appellante] of het ook was toegestaan met containers met een inhoud van 37 m³ te rijden en haar (overigens betwiste maar door het Waterschap in elk geval zo begrepen) opmerking dat zij nog niet over een kiepwagen beschikte die nodig was voor het slibtransport voor de azwi in Dronten. Tegen de achtergrond van deze voorshands begrijpelijke twijfel was het Waterschap bevoegd (op grond van paragraaf 4.3 van de Aanbestedingsleidraad) [appellante] om nadere informatie te vragen. Bij voormelde brief van 20 december 2013 heeft het Waterschap [appellante] dan ook verzocht, voor zover zij de inschrijving gestand wenste te doen, schriftelijk aan te tonen dat zij op het moment van inschrijving (18 november 2013) voldeed aan de geschiktheidseis inzake het materieel (als vermeld: een kiepwagen, een trekker en drie containerauto's) en de vereiste afmetingen van de containers. Daarbij heeft het Waterschap in deze brief in het bijzonder aan [appellante] gevraagd:

"schriftelijk aan te tonen dat uw materieel in staat is om de containers van het Waterschap te verplaatsen zonder 'haaksysteem' en dat uw materieel voldoet aan de technische specificaties genoemd (op) in het bestek, in het bijzonder dat ook de afmetingen van de door u te plaatsen containers voldoen aan hetgeen in het bestek

vermeld staat. Indien uw materieel bijvoorbeeld niet in staat is om de containers van het Waterschap te verplaatsen zonder 'haaksysteem' en/of de door u gehanteerde containers niet aan de in het bestek voorgeschreven afmetingen voldoen, dan voldoet uw materiaal niet aan de technische specificaties in het bestek, genoemd in het bestek'.

4.10 [appellante] heeft hierop bij brief van 2 januari 2013 (productie 7 bij inleidende dagvaarding) gereageerd. In deze brief heeft zij aangegeven dat zij de inschrijving zelfstandig kan verrichten en dat zij geen beroep op een derde behoeft te doen. Verder schrijft zij, voor zover thans relevant:

"Om hieraan te kunnen voldoen hebben wij op 17 oktober 2013 een opdrachtbevestiging gesloten voor een vrachtauto die voldoet aan de door u gestelde eisen (zonder haakarmsysteem). Zie hiervoor de bijlage. De auto is inmiddels ook daadwerkelijk gekocht. Op grond van het bovenstaande konden wij per 18 november 2013 beschikken over de gevraagde ketting en/of kabel auto's. (...)

Wat betreft het plaatsen van de containers door [appellante] voor AWZI Dronten het volgende: (...) Verder stelt u een aantal eisen: Containers dienen voorzien te zijn van een afdekzeil, containers dienen minimaal 30 m3 te zijn en de vervoerder mag een alternatieve containeruitvoering toepassen mits de rijplaten hierdoor niet worden beschadigd. Onze containers voldoen aan het vorenstaande. (...) Wij zullen containers plaatsen, zo dat de reguliere planning door kan blijven gaan en de deur dus dicht kan op de zuivering".

4.11 Naar het oordeel van het hof heeft [appellante] met deze brief geen afdoende onderbouwing gegeven van haar eerdere verklaring dat zij voldeed aan de geschiktheidseisen, hetgeen wel van haar verwacht mocht worden, gelet op de vraag van het Waterschap om schriftelijk aan te tonen of zij op het moment van inschrijving voldeed aan de geschiktheidseis inzake het materieel en de vereiste afmetingen van de containers.

In plaats van een gedocumenteerde onderbouwing te geven, heeft [appellante] volstaan met een herhaling van haar verklaring dat zij wat betreft de containers aan de geschiktheidseisen voldeed. Ten aanzien van de vrachtauto heeft zij volstaan met toezending van een kopie van een brief van Pals B.V. van 17 oktober 2013 inhoudende een "voorlopige opdrachtbevestiging" voor een gebruikte Volvo bedrijfswagen inclusief ketting/containerinstallatie met kenteken BY-DX- 87. In de brief is vermeld dat de koop/aannemingsovereenkomst "definitief doorgaat" nadat gunning van de opdracht (het transport van zuiveringsslib, toevoeging hof) aan haar zal hebben plaatsgevonden en dat levering zal plaatsvinden "in overleg, maar voor start nieuw project". Hiermee heeft [appellante] niet schriftelijk aangetoond dat zij reeds op datum inschrijving (18 november 2013) over het vereiste materieel beschikte. Ten slotte heeft [appellante], hoewel dat haar expliciet was gevraagd, evenmin schriftelijk aangetoond dat haar containerauto's de containers van het Waterschap (voor de andere azwi's dan Dronten wordt gebruik gemaakt van containers van het Waterschap zelf) kunnen laden met een ketting/kabel laadsysteem.

Gelet op het voorgaande kon het Waterschap, naar het voorlopig oordeel van het hof, in redelijkheid tot de conclusie komen dat [appellante] ten tijde van de inschrijving niet aan de geschiktheidseisen voldeed, zodat zij terecht de inschrijving van [appellante] alsnog terzijde heeft gesteld.

4.12 In het licht van dit voorlopig oordeel zal het hof het bestreden vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigen en ook de gewijzigde eis van [appellante] niet honoreren. Onder deze omstandigheden bestaat er voorts geen grond voor toewijzing van de door [appellante] ingestelde incidentele vordering.

5 Slotsom

Het hoger beroep faalt, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof [appellante] in de kosten van het hoger beroep in de hoofdzaak veroordelen. Het hof ziet geen aanleiding [appellante] ook in de kosten van het incident te veroordelen, nu niet is gebleken dat het Waterschap daarvoor afzonderlijke kosten heeft moeten maken. Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten toewijzen zoals hierna vermeld.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in kort geding in hoger beroep:
in de hoofdzaak

6.1 bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland van 21 maart 2014 (zoals hersteld bij vonnis van 4 april 2014);

6.2 veroordeelt [appellante] in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van het

Waterschap vastgesteld op € 704,- voor verschotten en op € 2.682,- (3 punten x tarief II) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en -voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt- te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

6.3 verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft) uitvoerbaar bij voorraad;

6.4 wijst het meer of anders gevorderde af;

in het incident

6.5 wijst de vordering van [appellante] af.

»Annotatie

Deze zaak betreft een Europese openbare aanbesteding van een opdracht voor het transport van zuiveringsslib. De inschrijver aan wie de opdracht in eerste instantie is gegund, wordt alsnog van deelname uitgesloten, als hij na gerezen twijfel over de geldigheid van zijn inschrijving naar het oordeel van de aanbestedende dienst niet genoegzaam weet aan te tonen, dat hij op het moment van inschrijving voldeed aan een geschiktheidseis inzake technische bekwaamheid. Meer in het bijzonder gaat het om eisen aan de technische uitrusting van de ondernemer. [noot:1] De inschrijver vecht zijn uitsluiting en de herziene gunningsbeslissing aan bij de voorzieningenrechter en vordert een bevel tot intrekking van de gunningsbeslissing en een verbod om de opdracht aan een ander dan hem te gunnen. De voorzieningenrechter wijst de vordering af. De inschrijver laat het er niet bij zitten en stelt spoedappel in. Kort daarvoor heeft de aanbestedende dienst de opdracht echter definitief gegund. Hierdoor komt de appelrechter te staan voor de beantwoording van de vraag of en zo ja, onder welke voorwaarden na definitieve gunning in hoger beroep nog plaats is voor een ordemaatregel. Dit aspect van het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden wordt hierna besproken.

Het Hof Den Haag heeft in een reeks arresten geoordeeld dat in hoger beroep slechts plaats is voor het ingrijpen in overeenkomst, indien: [noot:2]

- (i) de overeenkomst vernietigbaar is op één van de in art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden; of
- (ii) de aanbestedende dienst door het sluiten van de overeenkomst misbruik van bevoegdheid maakt, waarvan sprake kan zijn indien de aanbestedende dienst dit doet 'met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht'; of
- (iii) de overeenkomst nietig is op grond van art. 3:40 BW.

Het Hof Den Haag baseert zijn rechtsopvatting op het stelsel van de Wira, die later is opgegaan in de Aanbestedingswet 2012. [noot:3]

Het Hof Arnhem-Leeuwarden kreeg in zijn arrest van 17 september 2013 de kans zijn licht te laten schijnen over het beoordelingskader voor een vordering die ertoe strekt een gesloten overeenkomst te beëindigen. In mijn noot onder dit arrest signaleerde ik dat het hof zich niet liet verleiden tot een principiële uitspraak. [noot:4] Het hof overwoog dat het in elk geval in een van de hiervoor sub (i) tot en met sub (iii) genoemde situaties een ordemaatregel kan treffen. [noot:5] Hierdoor hield het hof de mogelijkheid open in toekomstige uitspraken bij wijze van schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom een aanbestedende dienst te bevelen de overeenkomst te beëindigen. [noot:6]

Ook in het onderhavige arrest scheidt het Hof Arnhem-Leeuwarden geen duidelijkheid. Het hof verwijst eenvoudigweg naar het verweer van de aanbestedende dienst, die bepleit dat slechts in een van de hiervoor sub (i) tot met (iii) genoemde omstandigheden plaats is voor een ordemaatregel. Het hof vat het betoog van de appelerende inschrijver op als een beroep op misbruik van bevoegdheid (sub (ii)) en beoordeelt of daarvan sprake is. [noot:7] Of het hof het standpunt van de aanbestedende dienst over het toepasselijke beoordelingskader deelt of dat het tevens mogelijkheden ziet op andere gronden in een reeds gesloten

overeenkomst in te grijpen, [noot:8] blijft onzeker. Dit valt uit het oogpunt van rechtszekerheid te betreuren. Zowel ondernemers als aanbestedende diensten hebben er immers belang bij hun rechtspositie op basis van de wet en jurisprudentie in te kunnen schatten op het moment dat hoger beroep wordt ingesteld tegen een vonnis van de voorzieningenrechter waarin een gevraagde voorlopige voorziening is geweigerd.

Het hof oordeelt dat de aanbestedende dienst de inschrijver terecht van deelname heeft uitgesloten, omdat deze op het moment van inschrijving niet voldeed aan de geschiktheidseis inzake technische bekwaamheid. Doordat de vereiste afmetingen van het materieel niet in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen, blinkt de geschiktheidseis weliswaar niet uit in helderheid, maar dit levert naar het oordeel van het hof geen 'evidente' schending van het transparantiebeginsel op. [noot:9] Ik begrijp het oordeel van het hof aldus, dat de betrokken geschiktheidseis de maatstaf uit het *Succhi di Frutta*-arrest niet kan doorstaan en dat de aanbestedende dienst in strijd heeft gehandeld met het transparantiebeginsel, maar dat deze schending onvoldoende ernstig is voor het aannemen van een 'klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht'. Het hof wijst daarom het beroep van de appellerende inschrijver op misbruik van bevoegdheid, in welk geval na definitieve gunning nog plaats zou zijn voor een ordemaatregel, af. Uitgaand van het door het hof toegepaste beoordelingskader, [noot:10] kan ik mij in deze redenering wel vinden. Een 'klaarblijkelijke miskennis' impliceert een duidelijke schending, waarover in redelijkheid geen discussie kan bestaan. Dat het hof net even anders tegen de zaak aankijkt dan de voorzieningenrechter in eerste aanleg en oordeelt dat de aanbestedende dienst wel in strijd heeft gehandeld met de aanbestedingsregels, is onvoldoende om in hoger beroep een verstrekkende ordemaatregel te treffen.

mr. dr. A.J. van Heeswijck, Advocaat bij PlasBossinade

»Voetnoten

[1]

Art. 2.93 lid 1 sub d Aanbestedingswet 2012 biedt hiervoor een grondslag.

[2]

Zie o.a. Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4365, r.o. 2.6.1; Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ5659, r.o. 6.3-6.4; Hof Den Haag 15 juli 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2675, r.o. 6.

[3]

Zie meer uitgebreid over de rechtsopvatting van het Hof Den Haag, A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 183 e.v.

[4]

Noot A.J. van Heeswijck, punt 10, onder Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, *TBR* 2014, 33; zie ook «JAAN» 2013, 201 m.nt. Pronk.

[5]

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6838, «JAAN» 2013, 201, m.nt. Pronk, r.o. 4.16.

[6]

Zie bijv. Hof Leeuwarden 9 januari 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC1858, r.o. 8; Hof Leeuwarden 12 mei 2009, ECLI:NL:GHLEE:2008:BI5096, r.o. 8.

[7]

R.o. 4.5-4.6.

[8]

Zie hierover Van Heeswijck 2013, p. 186 e.v (zie voetnoot 3).

[9]

R.o. 4.8.

[10]

Tegen het toegepaste beoordelingskader heb ik bedenkingen; zie daarvoor Van Heeswijck 2013, p. 183-186 (zie voetnoot 3).

